

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Arrêt "Content Services"

Jacquemin, Hervé

Published in:
Journal de droit européen

Publication date:
2012

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Jacquemin, H 2012, 'Arrêt "Content Services": l'exigence du support durable dans les contrats à distance', *Journal de droit européen*, Numéro 192, p. 243-246.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Par ailleurs, le règlement-cadre accorde à la Commission le pouvoir de compléter le cadre par des actes « dérivés ». On doit craindre sur ce point l'adoption de nombreux actes, qui pourraient conduire à une inflation normative sans réel contrôle.

Le règlement-cadre écarte plusieurs questions n'ayant pu faire l'objet d'un consensus. Ainsi, aucune décision n'a été prise sur la nécessité d'indiquer la liste des ingrédients contenus dans un produit. On n'a pas davantage décidé dans quelle mesure l'obligation de fournir certaines informations nutritionnelles devait être étendue aux boissons alcoolisées. On s'est contenté de confier à la Commission le soin d'élaborer un rapport concernant la désirabilité d'une telle réglementation⁸⁰.

On peut se demander si la réglementation est assez ambitieuse. On se souvient de l'idée que pourrait être rendu obligatoire un système de *traffic light labelling* permettant de vérifier en un coup d'œil si une denrée est saine, n'ait pas été rendu obligatoire. Le fait que certaines mesures exécutoires ont tardé à se manifester pendant longtemps, ou n'ont pas encore été prises — comme la liste des allégations de santé fonctionnelles génériques et les profils nutritionnels — compromet leur efficacité. L'entrée en vigueur graduelle de la réglementation alimentaire a de toute façon comme conséquence que la réalisation d'un haut niveau de protection des consommateurs et de la santé devient un exercice de longue haleine.

Enfin, il faut noter que la mesure dans laquelle les dispositions en matière d'allégations et d'information sur les denrées alimentaires sont efficaces, dépend en grande partie de leur application par les autorités nationales⁸¹. Les instances nationales de contrôle sont-elles prêtes à intervenir si les allégations ou informations nutritionnelles sont trompeuses, ou quand elles ne répondent pas aux autres dispositions du droit européen? Les procédures, sont-elles suffisamment accessibles pour les individus et les entreprises qui souhaitent mettre en cause certaines pratiques? La notion « trompeur » est-elle interprétée de façon suffisamment flexible par les juridictions nationales? Ces questions font partie de l'autoréflexion que chaque autorité nationale est tenue de faire en cette matière. Si les réponses à ces questions sont affirmatives, l'autorité nationale concernée semble bien partie pour donner effet aux objectifs du législateur européen, qui visent à réaliser un haut niveau de protection des consommateurs et de la santé. En cas de réponses négatives, des mesures correctives devront être prises.

(80) Article 16(4) du règlement-cadre.

(81) Pour une application concrète en Belgique, voy. I. Goes, « La réglementation sur les allégations nutritionnelles ne suffira pas à nous préserver des attaques publicitaires des géants de l'industrie agro alimentaire -La saga "Knorr Vie" », *Cahier du juriste*, 2008, pp. 46-48.

Arrêt « Content Services » : l'exigence du support durable dans les contrats à distance¹

Hervé Jacquemin²

LES CONTRATS À DISTANCE avec les consommateurs sont soumis à certaines exigences de forme. Les conditions dans lesquelles les exigences de « fourniture » ou de « réception » de l'information sur un « support durable » sont respectées peuvent prêter à interprétation. En l'espèce, la Cour a jugé qu'un lien hypertexte figurant dans un courriel transmis au consommateur et renvoyant vers le site internet du prestataire ne respectait pas ces conditions.

Introduction

1. — Antécédents de l'affaire. — Le litige ayant donné lieu à l'arrêt annoté oppose l'entreprise Content Services à la Bundesarbeitskammer, une organisation autrichienne chargée de la protection des consommateurs. La première a mis en place une plate-forme de commerce électronique qui permet de télécharger des logiciels gratuits ou des versions d'essai de logiciels payants, moyennant un abonnement de 96 EUR par an³ (au moment des faits). La Bundesarbeitskammer reproche au prestataire d'avoir commis des pratiques contraires au droit de l'Union et au droit autrichien en matière de contrats à distance conclus avec des consommateurs, dès lors que certaines informations prescrites par la loi n'auraient pas été fournies ou reçues sur un support durable, comme l'exigent les dispositions applicables.

Suivant le processus de formation du contrat mis en place sur le site internet de Content Services, le consommateur doit cocher une case par laquelle il déclare accepter les conditions générales et renoncer au droit de rétractation. Lesdites conditions générales sont accessibles moyennant l'activation d'un hyperlien figurant sur la même page, mais le consommateur peut poursuivre et valider sa commande sans les avoir effectivement consultées (en particulier les conditions relatives au droit de rétractation). Par la suite, un courriel de confirmation est transmis au consommateur; celui-ci ne contient cependant pas les informations prescrites par

les textes en vigueur. Tout au plus donne-t-il la possibilité d'y accéder, moyennant l'activation d'un hyperlien qui se trouve dans le courriel et qui le renvoie vers le site internet du prestataire. Dans la facture que le consommateur recevra ultérieurement, il est rappelé qu'il a renoncé au droit de rétractation.

2. — Question préjudicielle. — En réponse à la question préjudicielle posée par l'Oberlandesgericht Wien, la Cour de justice de l'Union européenne⁴ devait déterminer si les exigences de « fourniture » ou de « réception » d'informations par écrit ou sur un autre « support durable », prévue par l'article 5, § 1^{er}, de la directive 97/7/CE sur les contrats à distance⁵, sont satisfaites lorsque l'entreprise se borne à mettre à la disposition du consommateur un lien hypertexte renvoyant vers la page du site internet qui contient les informations requises légalement.

Pour ce faire, il convient de cerner précisément le sens des notions précitées, que l'on trouve dans de nombreuses directives européennes.

À l'instar de l'avocat général Paolo Mengozzi⁶, on observe que le litige posait d'autres questions, tout aussi intéressantes, mais à propos

(4) Ci-après, « la Cour de justice » ou « la Cour ».

(5) Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, J.O. L-144 du 4 juin 1997. Même si les règles prescrites diffèrent, à de nombreux égards, de celles de la directive 97/7/CE sur les contrats à distance, on retrouve les exigences de fourniture d'information et de support durable dans la directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil (J.O. L-304 du 22 novembre 2011). Aussi l'interprétation donnée par la Cour dans l'arrêt Content Services pourra-t-elle être utilement invoquée sous l'empire de la directive sur les droits des consommateurs. Cette directive dont les dispositions sont, sauf exception, d'harmonisation complète, doit être transposée au plus tard le 13 décembre 2013, de sorte que les mesures prises entrent en vigueur à partir du 13 juin 2014. Pour un premier commentaire, voy. J. Stuyck, « La nouvelle directive relative aux droits des consommateurs », *J.D.E.*, 2012, pp. 69 et s.

(6) Voy. le point 15, note 9, de ses conclusions du 6 mars 2012.

desquelles il n'était malheureusement pas demandé à la Cour de se prononcer. On songe à l'application du droit de rétractation aux contenus numériques, tels des logiciels, et par voie de conséquence, à leur qualification⁷. L'affaire pouvait également susciter des réflexions intéressantes en lien avec l'opposabilité des conditions contractuelles sur l'internet.

1

Écrit ou support durable

3. — Raison d'être de l'introduction du concept de « support durable ». — D'emblée, il faut préciser qu'en droit de la consommation, le concept de support durable est généralement⁸ présenté comme la branche d'une alternative. Selon le cas, l'autre branche de cette alternative est l'écrit^{9 10} ou, dans les textes adoptés plus récemment, le support papier^{11 12}.

(7) À ce sujet, voy. Demoulin, *Droit des contrats à distance et du commerce électronique*, Waterloo, Kluwer, 2011, pp. 12-14, n° 12; pp. 65-66, n° 89 et pp. 71-72, n°s 98-99; H. Jacquemin, « Digital Content and Consumer Protection within European Law », in A. Arnab et J.-N. Colin (éds.), *Virtual Goods '10*, Namur, PUN, 2010, pp. 41-57; Id., « Contrats en lignes et protection du consommateur numérique », *J.T.*, 2012, à paraître. On note que des éléments de réponses sont apportés par la directive sur les droits des consommateurs, qui définit la notion de contenu numérique (article 2, 11°), impose des obligations d'information additionnelles relativement à ses fonctionnalités, aux mesures techniques de protection éventuellement applicables et à son interopérabilité avec certains éléments matériels ou logiciels (article 5, § 1^{er}, [g] et [h], et article 6, § 1^{er}, [r] et [s]) et exclut tout droit de rétractation, si le contenu n'est pas fourni sur un support matériel et « si l'exécution a commencé avec l'accord préalable exprès du consommateur, lequel a également reconnu qu'il perdrait ainsi son droit de rétractation » (article 16 [m]).

(8) On observe cependant que, dans la directive sur les droits des consommateurs, l'exigence de support durable est tantôt prescrite seule (article 8), tantôt prescrite comme une alternative au support papier (article 7).

(9) Article 5, § 1^{er}, de la directive 97/7/CE sur les contrats à distance; article 6, § 3, de la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil, du 25 mai 1999, sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, *J.O. L-171* du 7 juillet 1999 (ci-après, directive sur la garantie des biens de consommation).

(10) Plus précisément, les textes exigent un écrit ou un autre support durable. L'adjectif « autre » permet de supposer qu'aux yeux du législateur, l'écrit (espèce) est une variété de support durable (genre). La formulation choisie nous paraît contestable : les deux concepts doivent en effet être mis sur pied d'égalité dès lors qu'il s'agit de catégories génériques qui renvoient à des formalités fonctionnellement équivalentes. En effet, dès lors qu'il peut faire l'objet d'une définition fonctionnelle (voy. l'article 16, § 2, de la loi belge du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information ou les articles 1316 et 1316-1 du Code civil français), l'écrit ne doit pas nécessairement être vu comme un support papier.

(11) Article 5, § 1^{er}, de la directive 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil, 97/7/CE et 98/27/CE, *J.O. L-271* du 9 octobre 2002 (ci-après, directive sur les contrats à distance portant sur des services financiers); article 13, § 1^{er}, a), de la directive 2002/92/CE du Parlement européen et du Conseil du 9 décembre 2002 sur l'intermédiation en assurance, *J.O. L-9* du 15 janvier 2003 (ci-après, directive sur l'intermédiation en assurance); articles 36, 41 et 43 de la directive 2007/64/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007

Ce constat s'explique aisément. Lorsqu'il introduit la notion de « support durable », l'objectif du législateur n'est pas de créer une nouvelle exigence de forme. Tout au plus cherche-t-il à désigner autrement la formalité du « support papier »¹³. Cette volonté doit se comprendre à l'aune du développement des technologies de l'information et de la communication. Des difficultés peuvent en effet être rencontrées au moment d'accomplir certaines formes dans l'environnement numérique, soit parce que les termes utilisés désignent des procédés étroitement liés à l'environnement papier (le support papier, par exemple), soit parce qu'à tout le moins, ils créent de l'insécurité juridique à l'heure de savoir quels procédés peuvent être mis en œuvre dans l'environnement numérique (pour l'écrit ou la signature, par exemple).

On sait que, pour lever les obstacles formels à la conclusion des contrats par voie électronique¹⁴, la théorie des équivalents fonctionnels, promue notamment par la CNUDCI dans sa loi type sur le commerce électronique¹⁵ (1996), a été mise en œuvre.

L'introduction de nouveaux concepts — le support durable, en l'occurrence — est l'une des méthodes privilégiées par le législateur pour lever les obstacles formels, en appliquant la théo-

rie des équivalents fonctionnels¹⁶. Nous verrons en effet qu'en définissant le support durable, le législateur européen a établi les fonctions minimales que le procédé utilisé devait remplir, lesdites fonctions correspondant par ailleurs aux fonctions de l'écrit (ou du support papier, dans l'environnement traditionnel).

4. — Définition du support durable. — En l'absence de définition du « support durable » dans la directive 97/7/CE, il échet de se référer aux textes adoptés ultérieurement pour en saisir la portée¹⁷.

Parmi les plus récents figure la directive sur les droits des consommateurs, qui définit le support durable comme « tout instrument permettant au consommateur ou au professionnel de stocker des informations qui lui sont adressées personnellement d'une manière permettant de s'y reporter ultérieurement pendant un laps de temps adapté aux fins auxquelles les informations sont destinées et qui permet la reproduction à l'identique des informations stockées » (article 2, 10°).

5. — Fonctions du support durable. — Quelle que soit la formulation, il ressort de ces définitions que le support durable doit remplir trois fonctions¹⁸, à l'instar de l'écrit (ou du papier dans l'environnement traditionnel). Il constitue donc un équivalent fonctionnel de l'écrit¹⁹.

Comme l'a indiqué la Cour dans l'arrêt annoté, à propos de l'alternative entre l'écrit et le support durable, « le législateur de l'Union a prévu deux solutions fonctionnellement équivalentes et, ainsi, une exigence d'équivalence de tels supports. Dans ces conditions [...], un substitut au support papier peut être considéré comme étant susceptible de correspondre aux exigences de protection du consommateur dans le contexte des nouvelles technologies à condition qu'il remplisse les mêmes fonctions que le support papier »²⁰.

Précisément, nous sommes d'avis qu'à l'aune de la définition légale, les fonctions du support durable sont les suivantes.

On peut d'abord estimer que le support durable vise à assurer la pérennité de l'information. L'instrument doit en effet stocker les informations de sorte qu'elles puissent être consultées ultérieurement. À bon escient, il est précisé dans la définition que la pérennité des informations doit être garantie « pendant un laps de

(16) Sur l'approche différenciée privilégiée par le législateur belge pour mettre en œuvre cette théorie, voy. H. Jacquemin, *Le formalisme contractuel - Mécanisme de protection de la partie faible*, op. cit., pp. 342 et s., n°s 255 et s.

(17) Pour d'autres définitions du support durable, voy. l'article 2, f), de la directive sur les contrats à distance portant sur des services financiers; l'article 2, 12°, de la directive sur l'intermédiation en assurance; l'article 3, m), de la directive sur le crédit à la consommation ou l'article 4, 25°, de la directive sur les services de paiement. S'il faut regretter les différences entre les diverses définitions de « support durable », nous ne pensons toutefois pas qu'il faille y voir une volonté délibérée de désigner des formalités différentes, matériellement ou fonctionnellement.

(18) Voy. H. Jacquemin, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, op. cit., pp. 367 et s., n° 278 et M. DEMOULIN, « La notion de "support durable" dans les contrats à distance : une contrefaçon de l'écrit? », *R.E.D.C.*, 2000, p. 364.

(19) Voy. M. Demoulin, « La notion de "support durable" dans les contrats à distance : une contrefaçon de l'écrit? », op. cit., p. 375.

(20) Points 40 et 41 de l'arrêt.

temps adapté aux fins auxquelles les informations sont destinées ». Cet élément donne la mesure du caractère durable et confirme que les fonctions ne doivent pas être remplies de manière absolue. Il existe une gradation dans la pérennité. Pour connaître l'objectif des informations et apprécier la durée minimale requise, il faut se référer aux objectifs poursuivis par les formalités.

Le support durable doit également préserver l'intégrité de l'information dans la mesure où il doit permettre une reproduction à l'identique de celle-ci. Pour ce faire, il faut que le procédé permette d'éviter, autant que possible, les modifications. À l'analyse, sans doute eût-il été plus préférable, pour éviter toute discussion, d'exiger que le support durable permette de révéler les modifications éventuellement apportées aux informations. Il nous paraît en effet excessif d'exiger que le support durable garantisse « l'absence d'altération » du contenu²¹. En tant que tel, l'écrit — ou le procédé utilisé dans l'environnement traditionnel, le support papier — n'empêche pas les ajouts ou les corrections mais permet, avec une efficacité plus ou moins grande, de révéler les éléments du contenu qui auraient fait l'objet de modifications. Même si ce point est plus discuté en doctrine, nous pensons qu'il s'agit également d'une fonction de l'écrit²². L'écrit et le support durable se rejoignent donc.

La fonction de *lisibilité* résulte de l'utilisation des verbes « consulter » ou « reporter ». Pour que l'on puisse consulter les informations ou s'y reporter, il faut nécessairement qu'elles soient lisibles. Par ailleurs, pour être en mesure de consulter les informations, il faut nécessairement que les signes soient intelligibles et accessibles, de sorte que le langage qu'ils expriment puisse être compris.

6. — Procédés techniques répondant à la définition de support durable. — Le considérant n° 23 de la directive sur les droits des consommateurs donne des exemples de procédés susceptibles d'être qualifiés de supports durables. Sont ainsi mentionnés « le papier, les clés USB, les CD-Rom, les DVD, les cartes à mémoire ou les disques durs d'ordinateur ainsi que les courriels ».

On peut regretter que cette énumération place sur le même pied des exemples ressortissant tantôt au support matériel utilisé (clé USB, CD-Rom, DVD, carte mémoire ou disque dur d'ordinateur), tantôt au mode particulier de communication et d'échange d'informations (le courrier électronique). Dans un cas comme dans l'autre, il faut s'assurer que les fonctions attribuées au support durable sont effectivement satisfaites, *in concreto*, à la lumière du procédé utilisé.

En principe, on devrait admettre qu'un document au format Word ou pdf, enregistré sur ces supports ou envoyé par courrier électronique (enregistré dans la messagerie du destinataire, et, le cas échéant, de l'expéditeur²³), soit considéré comme un support durable.

Il ne faut pas exclure, cependant, que même dans ces hypothèses, certaines fonctions du support durable — et en particulier la fonction d'intégrité — ne soient pas satisfaites. Par exemple, si les données enregistrées sur le disque dur d'un ordinateur sont accessibles à plusieurs personnes, qui peuvent modifier le document à leur guise (et l'ont fait), on pourra difficilement considérer qu'il s'agit d'un support durable. De même, si le prestataire auquel incombe la fourniture d'information sur support durable est également l'administrateur du système de courrier électronique du consommateur, il pourra sans difficulté accéder aux courriels reçus par ce dernier et, s'il le souhaite les modifier en toute discrétion.

Au demeurant, d'autres mécanismes pourraient être mis en œuvre en vue de préserver les fonctions de lisibilité, d'intégrité et de pérennité de l'information. On songe aux procédés de signature électronique fondés sur la cryptographie asymétrique qui permettent généralement de garantir l'intégrité du contenu du message.

7. — Une page web peut-elle être un support durable? — Plus discutée est la question de savoir si une page web répond, ou pas, à la définition fonctionnelle du support durable. Certaines pages web sont en effet modifiées à un rythme quasi ininterrompu, par une multitude d'intervenants (l'intégrité des informations n'est, par conséquent, pas garantie). D'autres pages web n'apparaissent que quelques secondes à l'écran : on songe aux messages interstitiels ou aux *pop-up*. Pour ceux-ci, c'est la fonction de pérennité de l'information qui n'est pas préservée.

C'est sans doute ce qui explique la méfiance du législateur européen lorsque, dans la directive sur l'intermédiation en assurance, il indique, de manière un peu tautologique, que la notion de support durable ne comprend pas « un site internet, sauf si ce site satisfait aux critères spécifiés au premier alinéa » et, par conséquent, répond à la définition de... support durable²⁴.

Comme l'indique la Cour dans l'arrêt annoté, « il ne ressort pas du dossier que le site internet du vendeur auquel renvoie le lien indiqué au consommateur permet à ce dernier de stocker des informations qui lui sont personnellement adressées de manière telle qu'il puisse y accéder et les reproduire telles quelles pendant une durée appropriée en dehors de toute possibilité de modification unilatérale de leur contenu par le vendeur »²⁵.

Dans son arrêt, la Cour fait état d'un rapport de l'European Securities Market Expert Group (ESME), datant de 2007 et évoqué par Content Services, qui fait la distinction entre les sites ordinaires et les sites sophistiqués (qui pourraient être considérés comme des supports durables)²⁶. Content Services indique en effet que certains sites internet peuvent garantir que les informations, sans être transférées dans la sphère

de contrôle du consommateur, puissent être stockées, accessibles et reproduites par le consommateur pendant une durée appropriée²⁷. Cependant, l'argument est vite écarté, dès lors que Content Services n'utilise pas un tel système (ce qui n'est pas contesté).

Nous croyons effectivement que des procédés spécifiques permettent de transmettre des informations à un consommateur à travers un site internet, tout en respectant l'exigence de support durable.

On pourrait ainsi imaginer que les conditions contractuelles soient hébergées par un tiers de confiance offrant des services d'archivage électronique des données, et garantissant, en toute indépendance, que les fonctions de lisibilité, de pérennité et d'intégrité de l'information sont préservées.

Si l'internaute a la possibilité d'imprimer la page web, de l'enregistrer sur le disque dur de son ordinateur ou de la recevoir, en contenu intégral, par courrier électronique, l'exigence légale du support durable devrait également être préservée. On notera cependant qu'à proprement parler, le site internet du prestataire n'est pas devenu un support durable : c'est l'impression de la page web sur papier, son enregistrement sur le disque dur du consommateur ou sa transmission par courriel qui constituent un support durable. Concrètement, le prestataire devrait rendre possible et encourager le consommateur à effectuer de telles opérations, par exemple, en plaçant, de manière très visible des icônes « Imprimer » ou « Enregistrer ». On note d'ailleurs qu'il s'agit d'une exigence de la directive sur le commerce électronique (2000) qui dispose en son article 10, § 3, que « les clauses contractuelles et les conditions générales fournies au destinataire doivent l'être d'une manière qui lui permette de les conserver et de les reproduire ». Concrètement, ces fonctions sont garanties et le prescrit légal de la directive sur le commerce électronique respecté si les informations accessibles à travers un site web peuvent être imprimées ou enregistrées sur le disque dur de l'internaute²⁸.

8. — Regards critiques sur la notion de support durable. — L'introduction du concept de support durable peut faire l'objet de plusieurs critiques.

Sur le plan *terminologique*, le concept de « support durable » est, à nos yeux, *contestable*. Il constitue en effet une expression malheureuse, combinant une caractéristique matérielle (le support) et une qualité fonctionnelle (le caractère durable). Puisque la formalité remplit, à la lecture de la définition établie par le législateur, une fonction de pérennité, une fonction d'intégrité et une fonction de lisibilité (*supra*, n° 5), on peut se demander pourquoi le concept n'est pas « support durable, intègre et lisible ». L'intégrité et la pérennité sont certes liées, mais il convient de les distinguer. En outre, la définition et le concept choisis sont contradictoires : aux termes de celle-ci, ce sont les informations, et pas le support, qui doivent être durables²⁹. Le concept donne d'ailleurs à

(21) Voy. cependant le point 43 de l'arrêt.

(22) Voy., à cet égard, H. Jacquemin, *Le formalisme contractuel - Mécanisme de protection de la partie faible*, op. cit., pp. 125 et s., n°s 79 et s.

(23) Comp. avec G. Busseuil, « La phase précontractuelle. La formation du contrat électronique », in J. Rochfeld (dir.), *L'acquis communautaire - Le contrat électronique*, Paris, Economica, 2010, p. 89. Nous som-

mes d'avis que, même en l'absence de signature électronique, le courriel peut constituer un support durable : dès lors qu'il est enregistré dans la messagerie du destinataire, à laquelle l'expéditeur ne peut pas accéder, on peut considérer que la fonction d'intégrité est atteinte avec un niveau d'efficacité suffisant (en ce sens, voy. les conclusions de l'avocat général Paolo Mengozzi, point 45).

(24) Article 2, 12°, de la directive sur l'intermédiation en assurance.

(25) Point 46 de l'arrêt.

(26) Point 47 de l'arrêt.

(27) Point 48 de l'arrêt.

(28) En ce sens, E. Montero, M. Demoulin et Ch. Lazaro, « La loi du 11 mars 2003 sur les services de la société de l'information », *J.T.*, 2004, p. 89.

(29) En ce sens, M. Demoulin, « La notion de "support durable" dans les contrats à distance : une contrefaçon de l'écrit? », op. cit., p. 364.

penser que seul le support permet de préserver le caractère durable. Or cette fonction peut également être atteinte en confiant ledit support à un tiers de confiance (*supra*, n° 7) ou en recourant à un mécanisme de signature électronique³⁰ (*supra*, n° 6).

On peut aussi s'interroger sur l'utilité du concept. En soi, pour recevoir la qualification de support durable, le procédé mis en œuvre doit permettre de respecter les fonctions de lisibilité, de pérennité et d'intégrité. Dans tous les cas, les trois fonctions traditionnellement reconnues à l'écrit doivent être garanties. Le support durable est donc un succédané fonctionnel de l'écrit et nous aurions préféré que seul ce dernier concept soit utilisé. On peut cependant comprendre que, pour éviter toute discussion sur le sujet, un autre terme ait été choisi : ce qui importe en effet, au-delà des concepts, c'est la réalité auxquelles il renvoie ou, en d'autres termes, la manière dont ils sont définis.

2

Fourniture ou réception des informations

9. — Notions de « fourniture » ou de « réception » de l'information. — Il n'est pas rare que les règles de protection des consommateurs déterminent également les modalités de transmission des informations³¹, en prescrivant que celles-ci soient *fournies* ou *reçues* par le consommateur. Il ne suffit pas, en effet, que les formes visent à énoncer une information (mentions) et à l'extérioriser (écrit/support papier ou support durable) : encore faut-il que l'information soit transmise à son destinataire.

Les notions de « fourniture » ou de « réception » de l'information ne sont cependant pas définies par les textes légaux. Aussi faut-il les comprendre dans leur sens usuel, à l'aune du contexte et des objectifs poursuivis³².

À l'analyse, on peut déduire des termes utilisés que le consommateur doit avoir la possibilité de conserver une attitude passive³³ : autrement dit, il ne doit effectuer aucune démarche particulière en vue de prendre connaissance de l'information. Parallèlement, les termes indiquent, dans le chef du professionnel, un comportement actif qui ne peut se réduire à une simple mise à disposition des informations.

Cette interprétation est conforme au contexte dans lequel les termes sont utilisés (en lien avec des obligations d'informations) et aux objectifs poursuivis (protéger le consommateur en posi-

tion de faiblesse lorsqu'il utilise une technique de communication à distance)³⁴.

10. — Procédés susceptibles d'être mise en œuvre pour respecter les exigences de « réception » ou de « fourniture » de l'information. — La Cour estime que « lorsque les informations qui se trouvent sur le site internet du vendeur ne sont rendues accessibles que par un lien communiqué au consommateur, ces informations ne sont ni « fournies » à ce consommateur ni « reçues » par celui-ci au sens de l'article 5, § 1^{er}, de la directive 97/7 »³⁵.

Nous sommes d'accord pour dire que si les informations prescrites légalement sont introduites dans le contenu du courriel, elles sont fournies ou reçues par le consommateur³⁶. En revanche, si le courriel indique uniquement « pour de plus amples informations, voy. nos conditions générales accessibles en ligne », sans aucun lien hypertexte ou moyennant un lien hypertexte renvoyant vers la page d'accueil du site (et pas directement vers la page des conditions contractuelles), le procédé ne devrait normalement pas répondre aux exigences de réception ou de fourniture de l'information.

La position de la Cour nous semble nettement plus sévère si elle signifie que la mention, dans un courriel, d'un lien hypertexte renvoyant directement vers les conditions contractuelles — et tel semblait être le cas en l'espèce — ne permet pas la fourniture ou la réception des informations. Dans ce cas en effet, le seul comportement requis du consommateur est de cliquer sur le lien mis à sa disposition. Si les conditions contractuelles avaient été attachées au courriel de confirmation, en pièce jointe, le consommateur aurait également dû cliquer pour en prendre connaissance (et dans cette hypothèse, nous sommes d'avis que l'information est fournie ou reçue par le consommateur). Sans préjudice des considérations relatives à l'existence d'un support durable, on peut se demander ce qui distingue les deux cas de figure, à l'aune des démarches requises dans le chef du consommateur. On pourrait certes arguer que l'absence de connexion à l'internet serait de nature à le priver de tout accès aux conditions contractuelles. Cet argument ne peut être décisif : même si, dans certains cas, il est possible d'accéder à ses messages téléchargés antérieurement sans être connecté au réseau, de nombreux systèmes de messageries électroniques requièrent nécessairement un accès à l'internet (de type gmail ou hotmail, par exemple), ce qui supprime toute différence entre les deux hypothèses.

À peine de confondre les modalités de transmission de l'information et l'exigence d'un support durable, nous sommes d'avis que le lien hypertexte figurant dans un courriel ne devrait pas nécessairement être exclu : si les conditions contractuelles sont hébergées sur le site internet d'un tiers de confiance et qu'il suffit au consommateur de cliquer sur le lien hypertexte mentionné dans un courriel, il pourrait y avoir

fourniture ou réception de l'information sur un support durable.



Conclusion

11. — Des exigences de protection du consommateur... — La faiblesse du consommateur justifie assurément que des mesures soient adoptées par le législateur en vue de le protéger. Son manque d'information sur des éléments de droit ou de fait du rapport contractuel peut ainsi être combattu par diverses exigences d'information à charge du professionnel qui s'engage avec lui. Pour garantir l'efficacité de ces exigences, elles doivent s'accompagner de formalités particulières tenant à leur mode d'extériorisation (support papier ou support durable) et à la transmission de l'information (fourniture ou réception de l'information).

L'arrêt *Content Services* de la Cour de justice apporte des éclaircissements quant à la manière dont les notions de « support durable », de « fourniture » et de « réception » de l'information doivent être interprétées, en particulier dans l'environnement numérique (lien hypertexte renvoyant vers un site internet).

12. — ... à interpréter de manière raisonnable, en lien avec les pratiques contractuelles. — De manière générale, nous pouvons souscrire à l'arrêt de la Cour de justice : l'introduction d'un hyperlien renvoyant vers les conditions générales du site internet du prestataire accessibles ne répond pas, dans le cas d'espèce, aux conditions du support durable. Notre principale réserve tient à l'interprétation des exigences de « fourniture » ou de « réception » de l'information par ce lien hypertexte : nous sommes en effet d'avis que demander au consommateur de cliquer une fois sur celui-ci ne requiert pas nécessairement, dans son chef, une démarche active empêchant de considérer que l'information lui a été « fournie » ou qu'il l'a « reçue ».

Il faut en effet interpréter les exigences légales de manière raisonnable : tout comme on peut demander au consommateur, dans l'environnement traditionnel, d'examiner le verso du document ou un document annexé au bon de commande ou à la facture, on devrait pouvoir attendre de sa part qu'il clique sur un lien hypertexte. De même, dans certains cas de figure, il ne faut pas exclure qu'un site internet puisse constituer un support durable, en particulier lorsque l'hébergement des conditions contractuelles est assuré par un tiers de confiance. Sous peine d'introduire des discriminations difficilement justifiables, il faut en effet se garder d'être plus exigeant dans l'environnement numérique qu'on le serait dans l'environnement traditionnel.

Le développement du commerce électronique ne pourra se poursuivre que si les exigences légales sont interprétées de manière raisonnable et équilibrée, en tenant compte des intérêts bien compris des consommateurs et des professionnels.

(30) La signature électronique basée sur la cryptographie asymétrique permet en effet de préserver l'intégrité des données. Pourtant, d'un point de vue matériel, il n'y a pas seulement un support, qui garantit le caractère durable, puisque ce sont principalement les signes et les logiciels utilisés (en l'occurrence, ceux qui engendrent la signature électronique) qui permettent de préserver l'intégrité.

(31) À ce sujet, voy. H. Jacquemin, *Le formalisme contractuel - Mécanisme de protection de la partie faible*, op. cit., pp. 141 et s., n° 91 et s.

(32) En ce sens, voy. le point 32 de l'arrêt.

(33) Voy. le point 33 de l'arrêt.

(34) Voy. les points 34-36 de l'arrêt.

(35) Point 37 l'arrêt.

(36) Voy. le point 45 des conclusions de l'avocat général, qui donne la préférence à cette solution. On observe cependant qu'au vu des obligations d'information prescrites par les nombreux textes applicables, un texte assez long doit désormais figurer dans le courriel, au risque de rendre celui-ci moins lisible par le consommateur (« trop d'information tue l'information »).